

DIRITTI ESCLUSIVI E PRATICHE RESTRITTIVE: LA DIFFICILE CONVIVENZA TRA DIRITTO D'AUTORE E TUTELA DELLA CONCORRENZA NELL'ESPERIENZA ANTITRUST EUROPEA E ITALIANA^{*}

Giovanni B. Ramello

1. Introduzione

L'attività antitrust europea e italiana nel 2002 ha toccato quello che si può definire un nervo scoperto della teoria e della pratica antitrust, e precisamente il rapporto, talora conflittuale, tra tutela della concorrenza e diritto d'autore (di seguito, d.d.a.) o *copyright* nella giurisprudenza anglosassone¹. Tale dibattito è latente nella letteratura antitrust da almeno mezzo secolo, da quando cioè nel 1948 la *major* hollywoodiana *Paramount* fu accusata di strumentalizzare a fini anticompetitivi i diritti esclusivi sui propri film attribuiti dal d.d.a per attuare strategie di *market foreclosure*². Da quel momento il tema è riaffiorato ciclicamente nella pratica antitrust, senza mai trovare però una soluzione definitiva³. Tuttavia, complice la relativa scarsa importanza del d.d.a nelle economie di quegli anni, le Autorità antitrust hanno potuto dare delle risposte parziali e specifiche ai casi in esame, senza preoccuparsi di costruire un paradigma interpretativo chiaro e definitivo per la soluzione del conflitto, almeno potenziale, tra il corretto esercizio dei diritti esclusivi conferiti dal d.d.a. e la tutela della concorrenza.

Negli anni recenti, i diritti di proprietà intellettuale e il d.d.a hanno preso un posto preminente nell'economia di numerosi paesi sviluppati. Dal 1996, ad esempio, la voce 'beni tutelati dal copyright' occupa il primo posto nella bilancia commerciale degli Stati Uniti⁴. Pertanto la necessità di sciogliere il dilemma enunciato appare più urgente, sospinta tra l'altro dall'incremento delle indagini antitrust che riguardano i settori che producono beni informazione tutelati dal d.d.a.

Il caso *Microsoft* in USA è forse il più eclatante episodio degli ultimi anni in cui il d.d.a. è stato implicitamente ed esplicitamente accusato di trasformarsi in strumento per attuare pratiche

anticompetitive⁵; in Europa il dibattito è stato ufficialmente aperto dal celebre caso *Magill* ed è tutt'altro che assopito⁶. Anzi, due casi *antitrust* recentissimi, uno europeo (*NDC Health/IMS Health*) ed uno italiano (*Canal+/Stream*), si prestano a divenire in queste pagine lo spunto per riproporre una rilettura del difficile dilemma, per esaminare le soluzioni adottate e per trovare eventuali nuove indicazioni operative.

Con specifico riferimento a tale giurisprudenza, si proverà quindi a dare una risposta a due quesiti cruciali per l'interpretazione del rapporto tra i due istituti i giuridici: 1) se l'applicazione dell'antitrust nel dominio del d.d.a. sia opportuna e coerente con tale norma; 2) se tale applicazione sia efficace nel sistema di incentivi che il d.d.a. definisce.

Ancora una volta, si ripropone sotto mentite spoglie il problema di definire chiaramente i margini tra due diversi insiemi di diritti: proprietà intellettuale e concorrenza: infatti la legge sul d.d.a., promulgata per rimediare ad uno specifico fallimento del mercato, cioè la creazione di un livello sub-ottimale di idee (da cui trae origine la celebre tesi dell' "incentivo a creare"), ha una natura esplicitamente regolatoria (definisce diritti di proprietà) e rimanda direttamente alla sfera della politica economica⁷. La legge antitrust, invece, benché istituita anch'essa per rimediare ad un fallimento del mercato, si trova ad operare su un piano diverso e in qualche modo subalterno (data cioè una configurazione del mercato). A nostro avviso l'antitrust si rivela uno strumento debole per risolvere problemi strutturali, che nascono dalla peculiare struttura di incentivi creati dal d.d.a.

La soluzione più ricorrente adottata dalle Autorità, anche nei due provvedimenti in esame come si vedrà, rimanda in sostanza all'alterazione dei diritti di proprietà, spesso riferendo in modo diretto o indiretto all'istituto dell'*essential facility*. Tuttavia, tale soluzione presenta una chiara valenza regolatoria e fa' nascere da un lato il verosimile sospetto di sostanziale incoerenza tra d.d.a. e antitrust; dall'altro rafforza l'idea che l'attenuazione degli eventuali riflessi anticompetitivi del d.d.a. stia nella sua diretta modifica piuttosto che nell'applicazione della legge antitrust.

Naturalmente esulano da questa riflessione quelle violazioni che per natura e caratteristiche non sono specifiche del d.d.a. ma rientrano nella analisi antitrust tradizionale o, addirittura, trascendono i margini della tutela della concorrenza, per invadere ambiti più generali quali ad esempio il diritto penale⁸.

2. NDC Health/IMS Health

2.1 Il fatto

Il primo caso in esame è un provvedimento della Commissione delle Comunità Europea circa un possibile abuso di posizione dominante, in violazione dell'art. 82 del Trattato CE⁹.

La presunta infrazione avviene in territorio tedesco per opera della *Intercontinental Marketing Services Health Inc* (IMS), leader mondiale nella fornitura di informazioni sull'industria farmaceutica e sul settore sanitario, attiva in 100 nazioni tra cui la Germania tramite il marchio sussidiario IMS GmbH & Co. OHG con sede a Frankfurt am Main.

Il ricorrente è la *National Data Corporation Health Information Services* (NDC), una società di eguale origine nordamericana, anch'essa operante nel settore della fornitura di informazioni, specializzata nel settore farmaceutico-sanitario e che ha cominciato la propria espansione in Europa più recentemente. In Germania l'attività della NDC viene avviata tramite un accordo con la *PI Pharmaintranet* che dà vita alla NDC Health GmbH.

In dettaglio, la presunta violazione riguarda la mancata licenza da parte di IMS di un'opera d'ingegno - un *database* del quale si tratterà in estesa nel paragrafo seguente - di cui è legittimamente proprietaria e che si sostanzia, secondo il ricorrente, come abuso di posizione dominante. Da un lato dunque IMS reclama il diritto esclusivo di sfruttamento concesso dal copyright per negare la licenza all'informazione in esame, dall'altro NDC ritiene che tale decisione rappresenti un '*refusal to deal*' di natura esclusivamente anticompetitiva e dunque sanzionabile secondo le norme a tutela della concorrenza. Tale posizione viene accolta dalla Commissione che prende la decisione di obbligare IMS a concedere la licenza a NDC e ad altri concorrenti¹⁰.

2.2 Mercato rilevante

La definizione di mercato rilevante segue nel provvedimento (parr. 45 e sgg.) il criterio consolidato nella giurisprudenza antitrust europea di affidare il riscontro alla congiunta identificazione del mercato del prodotto e del mercato geografico (Anderman, 2000). Data la peculiare natura dei beni scambiati, i.e., collezioni d'informazioni riguardanti le vendite di medicinali nel territorio tedesco, l'identificazione del mercato rilevante geografico non pone particolari problemi alla Commissione. Essa, infatti, forte dell'evidente specificità della domanda e dell'offerta necessariamente circoscritte in termini geografici, individua come rilevante il mercato dei servizi di fornitura di dati sulle vendite regionali tedesche. In tale ambito

la IMS gode di una manifesta posizione dominante definita di “quasi-monopolio” anche grazie al vantaggio di essere *incumbent* su tale mercato (par.58).

Più complessa, invece, ma di fondamentale interesse per la comprensione e la discussione del procedimento, è la definizione del mercato del prodotto, cioè dell’opera d’ingegno tutelata da d.d.a., che rappresenta appunto l’oggetto del contendere. Infatti, il rifiuto di licenza riguarda una struttura di organizzazione di dati - la cosiddetta “1860 brick structure” - che segmenta la Germania in 1860 aree di riferimento per il report di informazioni. Tale struttura rappresenta un *database* tutelato dal d.d.a. come sancito dalla Direttiva europea 96/9/CEE ed è pertanto legittimamente proprietà (intellettuale) dell’IMS. In definitiva il prodotto non è rappresentato dai dati in quanto tali – che sono invece disponibili a tutti gli operatori - ma dalla loro formula organizzativa che *ex-lege* rappresenta il contributo di originalità minimo per il quale il d.d.a. viene attribuito. Fin qui dunque non sussiste nessuna violazione.

La disputa trae origine dalle peculiari condizioni della domanda che si trova in una situazione di lock-in rispetto alla 1860 brick structure, giacché le imprese farmaceutiche hanno pianificato le proprie attività commerciali e formato il proprio personale su tale database (par.17). Perciò il passaggio ad un altro modello organizzativo non può avvenire se non al prezzo di elevati *switching costs* che di fatto preservano la posizione dominante sul mercato di IMS¹¹. In un certo senso si può affermare che tale situazione è conseguenza del fatto che la suddetta opera d’ingegno è divenuta uno standard. Tale situazione, peraltro, viene descritta in modo accurato nel provvedimento (parr.57-62).

2.3 Esito giuridico e commenti

L’esercizio del diritto esclusivo da parte dell’*incumbent* viene interpretato, proprio per le peculiari condizioni della domanda, non altrimenti spiegabile se non con un abuso di posizione dominante. Come si scriveva poc’anzi la decisione conferma sostanzialmente il comportamento ascritto e prescrive la licenza obbligatoria (*compulsory licensing*). Questo ragionamento richiede un delicato esercizio giuridico, giacché la licenza obbligatoria rappresenta di fatto una violazione esplicita del diritto esclusivo detenuto da IMS sull’opera di ingegno medesima, in contrasto con la teoria standard a sostegno dei diritti di proprietà intellettuale. Tale asserzione pare confortata da un precedente procedimento nazionale presso la Corte Distrettuale di Frankfurt (*Landgericht*) che, infatti, con sentenza del 12 ottobre 2000 diede ragione a IMS ritenendo che l’esercizio del diritto esclusivo da parte del titolare fosse appropriato¹².

La Decisione della Commissione ribalta tale sentenza adottando, come richiesto dal ricorrente (par. 63) la dottrina dell’*essential facility* che in qualche modo si presta a ribilanciare

deus ex-machina il rapporto insanabile tra tutela della concorrenza e tutela della proprietà intellettuale¹³.

Si noti infatti che la parziale sovrapposizione tra i due sistemi normativi è delicata in quanto il d.d.a. rappresenta una calcolata restrizione della concorrenza dei sistemi economici che producono e scambiano specifici tipi informazioni (le cosiddette “espressioni di idee” quali libri, dischi,... e database) al preciso scopo di stimolare le attività creative¹⁴. In tale prospettiva, dunque, il rifiuto del titolare del diritto esclusivo di licenziare a terzi una determinata opera d'ingegno, non può costituire di per sé un abuso di posizione dominante¹⁵. Una tesi di tal genere *a priori* sarebbe in flagrante contraddizione con l'istituzione del copyright come esplicitamente riconosciuto anche nel provvedimento (par. 167). E la stessa Commissione, cosciente del dilemma giuridico, ci tiene a mostrare la compatibilità tra la decisione e norme e trattati sulla tutela della proprietà intellettuale (parr. 202-209). In particolare essa chiaramente afferma il carattere straordinario del provvedimento (par.208).

Il ricorso alla dottrina dell' *essential facility*, mutuata dal contesto delle *public utilities*, permette di sostanziare questa eccezionalità. Essa, infatti, afferma che, in “eccezionali circostanze” (par. 168 e 211), quando una risorsa si rivela essenziale per la concorrenza su un determinato mercato – di norma diverso da quello nel quale la *facility* è stata realizzata – è possibile violare i diritti di proprietà di un titolare contro un equo compenso¹⁶. Per quanto concerne il provvedimento in esame e il d.d.a., la Commissione fa' esplicito riferimento al precedente del caso del caso *Magill*¹⁷, ritenendo che l'abuso si sostanzia quando il rifiuto di licenza non possa essere oggettivamente giustificato. In tale prospettiva la Commissione ha ritenuto che il rifiuto di licenziare il database abbia come esclusiva conseguenza quella di limitare la concorrenza sul mercato rilevante e non possa essere altrimenti giustificata (par. 181). Pertanto sono presenti quelle eccezionali circostanze per sostanziare l'accusa di abuso di posizione dominante (parr. 181,185 e 186).

Oltre alla contrapposizione tra diritto di proprietà intellettuale e diritto della concorrenza, sembra poi emergere in misura meno netta un altro carattere che rafforza la decisione. Infatti, benché in modo non chiaramente enunciato, la Commissione sembra ponderare la dimensione collettiva e il peso individuale di IMS nella creazione del database ovvero il reale contributo di tale società nella definizione di tale opera dell'ingegno. Per sciogliere l'antagonismo tra proprietà privata e dimensione collettiva del sapere, dunque, viene tenuto in conto l'apporto individuale di IMS nella “creazione” del database e, molto risalto viene data alla dimensione collettiva in cui il database è stato creato (parr. 75 e sgg). In particolare, viene rilevato che il processo creativo che ha dato vita al *1860 brick structure* è avvenuto con la collaborazione attiva delle industrie farmaceutiche (par. 180) e ciò in qualche modo pare mitigare il diritto

esclusivo reclamato da IMS. E' bene però sottolineare che questo riscontro non ha precluso alla società IMS di ottenere *ex-ante* il d.d.a., né costituisce un titolo per ritirarlo. Perciò tale ragionamento è incongruente: o il titolare gode giustamente del diritto o non ne deve godere.

3. Groupe Canal+/Stream

3.1 Il fatto

Il secondo provvedimento in esame è il caso *Groupe Canal+/Stream* dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato concernente un'operazione di concentrazione nel settore della pay-tv ai sensi dell'art. 5, comma 1, lettera b), legge n. 287/90¹⁸. In particolare, l'operazione si sostanzia come un'acquisizione che vede come parti il Groupe Canal+ e Stream S.p.a.¹⁹. Il primo è attivo nella produzione e distribuzione di servizi televisivi a pagamento in numerose nazioni europee, controllata dalla società francese Vivendi Universal S.A.²⁰ e operante in Italia dal 1991 tramite l'impresa Telepiù S.p.A. (di seguito Tele+). Quest'ultima opera come emittente televisiva a pagamento su piattaforma analogica (via etere) e digitale (via satellite e via cavo) sia nella formula cosiddetta *pay-tv* con accesso a un paniere di canali tramite decoder contro abbonamento, sia nella formula *pay-per-view* tramite la quale il consumatore ottiene la decrittazione temporanea di un canale nel quale viene trasmesso un particolare evento (di norma un film o un evento sportivo).

Stream è una società controllata congiuntamente da News Publishing Australia Ltd appartenente a The News Corporation Ltd del magnate televisivo Murdoch e da Telecom Italia S.p.A. e che offre egualmente sul mercato italiano canali digitali a pagamento e/o *pay-per-view* sia via satellite sia via cavo.

3.2 Mercato rilevante

Il mercato rilevante del procedimento è identificato seguendo il doppio criterio, del mercato del prodotto e mercato geografico. La definizione tramite il criterio geografico si giova dei rigidi margini linguistici della domanda che relega l'attività principalmente entro i confini nazionali (par.26). Dal lato del prodotto il mercato rilevante è quello nel quale l'operazione in esame è "suscettibile di produrre effetti restrittivi della concorrenza" (par.7). Viene poi correttamente segnalato che l'adozione di differenti tecnologie trasmissive non costituisce di per sé un elemento di separazione dei mercati giacché esse non alterano significativamente l'omogeneità dell'offerta di servizi televisivi a pagamento (parr. 8-12). Il settore della cosiddetta televisione "in chiaro" rappresenta ai fini dell'indagine un mercato separato, come ampiamente

argomentato e sancito da una ricca giurisprudenza europea e nazionale²¹. Un cruciale elemento di diversità tra televisione a pagamento e televisione in chiaro è legato ai diversi contenuti. Infatti i canali a pagamento puntano buona parte della propria appetibilità per i consumatori nella disponibilità di contenuti *premium* consistenti in eventi sportivi e cinematografici per i quali l'elasticità della domanda è sensibilmente rigida. Si tratta in generale delle pellicole cosiddette *blockbuster* e di eventi quali le partite di calcio, i tornei di altre specialità sportive di larga audience. Si noti che in generale la domanda di tali beni assume caratteristiche diverse in tempi diversi: ad esempio la disponibilità a pagare dei consumatori per una determinata partita è più elevata in diretta, mentre decresce in modo significativo per le repliche successive (parr. 18-22). Un ragionamento analogo, con alcuni distinguo, vale egualmente per le pellicole cinematografiche. In entrambi i casi i contratti di licenza dei diritti tengono perciò conto del timing ed assegnano l'esclusiva o comunque clausole di protezione rispetto ad altri operatori e ad altri canali distributivi²². I costi di palinsesto dipendono in larga misura dall'acquisto dei diritti di tali eventi, normalmente in esclusiva temporanea²³. Per le società in esame la corsa all'acquisto dei diritti premium ha determinato un incremento notevole dei costi che ha generato in entrambi i casi un bilancio negativo: per Stream la spesa è passata rapidamente dai 74 miliardi di lire del 1998 ai 589 miliardi del 2000; Tele+ è passata dai 489 miliardi di lire del 1998 agli oltre 1.000 del 2000²⁴. Naturalmente la levitazione di tali costi è dovuta in buona misura dalla pressione competitiva. Infatti le due imprese che operano in un regime di duopolio sul mercato nazionale per accaparrarsi i diritti degli eventi *premium* hanno innescato una competizione del tipo *winner-take-all* che fa' aumentare significativamente i loro costi di acquisizione, attualmente circa la metà dei costi totali (par. 33)²⁵. E' opportuno sottolineare che congiuntamente le due imprese controllano il mercato pay-tv italiano che si configura come un duopolio e che dunque si trasformerebbe in un monopolio.

3.3 Esito giuridico e commenti

La motivazione sollevata dalle parti a sostegno dell'operazione di concentrazione è sostanzialmente l'esistenza di condizioni di mercato tali da permettere la presenza di un solo operatore *pay-tv* (par.49). Tale argomentazione di per sé non pare particolarmente robusta, anche alla luce degli impegni presentati dalle due società in data 13/03/2002 e in data 02/04/2002 (parr.74-sgg; parr. 87-sgg), e volti a favorire la contendibilità dal mercato della televisione a pagamento per eventuali nuovi entranti. Se la struttura sostenibile è, come implicitamente sostenuto dalle parti, quella di un monopolio naturale, le misure proposte per "creare le condizioni per l'entrata nel mercato di nuovi operatori pay in modalità digitale satellitare" (la stessa che per inciso verrebbe adottata dalla nuova società) (cfr. par. 72) non

sono coerenti con tale tesi. Se il mercato resta contendibile, la natura della fusione non può che essere strategica, nel senso di funzionale alle esigenze economiche delle due società.

Peraltro, è significativo notare che la via intrapresa da Tele+ e Stream per allentare il potere monopolistico e ottenere l'autorizzazione alla concentrazione, data il ruolo cruciale dei contenuti *premium*, è quella di proporre una serie di impegni che, in definitiva, prevedono l'indebolimento delle esclusive sui diritti di tali contenuti e l'abbandono di alcune piattaforme distributive (ad esempio, la cessione della distribuzione analogica e digitale terrestre, par. 91). Il provvedimento, invero, discute tali impegni con dovizia di informazioni che ai fini della presente trattazione possiamo comunque trascurare²⁶.

Si può affermare che, in un certo senso, l'Autorità pare muoversi lungo la medesima linea seguita dalle parti, prescrivendo soltanto un aggravamento delle misure da adottare²⁷. Poiché la concentrazione porta come inevitabile conseguenza la creazione di un monopolio sul mercato *pay-tv*, l'AGCM conferma il ruolo portante della disponibilità di contenuti *premium* e accresce perciò le misure volte ad abbassare le barriere all'entrata per potenziali concorrenti e che vanno nella direzione di indebolire i contratti di esclusiva delle due società (parr. 110 e sgg).

La decisione finale, pertanto, prevede l'autorizzazione all'operazione di concentrazione "subordinatamente alla piena ed effettiva esecuzione di tutte le misure integrative" prescritte nel provvedimento e che in sostanza rappresentano un ulteriore indebolimento dei diritti esclusivi sui contenuti *premium*. In definitiva è possibile affermare che l'accesso ai diritti *premium* è considerato dall'Autorità come una risorsa fondamentale e non facilmente duplicabile per la concorrenza sul mercato *pay-tv*. In tal senso, la decisione rimanda idealmente e in modo molto indiretto alla teoria dell'*essential facility*.

Naturalmente la sentenza prevede che la mancata attuazione di tali restrittive misure prevede la violazione del divieto di cui all'art. 6, legge n. 287/90.

E' utile infine rilevare che, benché, almeno sul piano teorico, gli impegni richiesti dall'Autorità si allineino a quelli proposti dalle società e abbiano l'unico effetto di indebolire maggiormente la futura posizione dominante della nuova società, questo cambiamento è stato sufficiente per Tele+ per arrestare l'operazione di acquisizione. Per dovere di cronaca, la situazione attuale pare ulteriormente ribaltarsi, giacché oggi è Stream che par voler acquistare Tele+.

4. Discussione

4.1 Le premesse teoriche

Prima di procedere con la discussione è bene evidenziare che in letteratura non esiste una tesi consolidata e verificata circa il rapporto tra diritti di proprietà intellettuale e leggi a tutela della concorrenza, mentre esistono diverse posizioni che identificano al contempo elementi di convergenza e elementi di conflitto²⁸. La prevalenza degli uni o degli altri varia poi a seconda degli autori. Ciononostante, è possibile compiere una sintesi di carattere generale.

La convergenza tra le due norme, in particolare, è sostanziata “ dall’obiettivo comune di promuovere l’innovazione di accrescere il benessere dei consumatori” (US FTC and DOJ, 1995, par. 1) e dunque è possibile affermare che entrambi i due corpi normativi sono governati dai principi microeconomici di efficienza allocativa. Mentre però la legge (e la pratica) antitrust cerca di raggiungere tale obiettivo tramite l’eliminazione degli ostacoli alla concorrenza, i diritti di proprietà intellettuale perseguono il proprio obiettivo di incentivare le attività creative nel modo opposto, creando cioè ed attribuendo dei monopoli legali che hanno l’effetto di attenuare la concorrenza. Questa peculiarità è appunto all’origine del conflitto. Esiste dunque, tra i due istituti giuridici, un problema di parziale sovrapposizione e di incongruenza, almeno potenziale.

Se ci caliamo nella specificità dei casi presentati, il quadro si arricchisce di ulteriori particolari. I due provvedimenti, diversi per settori (database sanitari contro televisione a pagamento) e per fattispecie giuridica (abuso di posizione dominante contro autorizzazione di una concentrazione) presentano il comune denominatore di studiare il rapporto esistente tra esercizio del d.d.a. e comportamenti economici. Ora, la contingenza di osservare industrie così distanti tra loro, da un lato potrebbe forse rafforzare le argomentazioni di chi solleva dubbi su un d.d.a. che tutela in modo eguale oggetti molto eterogenei²⁹, ma dall’altro permette di compiere un’analisi estesa che trascende gli angusti margini di uno specifico settore produttivo per trarne delle considerazioni di carattere generale. In entrambi i contesti esaminati vi è, ad esempio, il riscontro rilevante che l’operare dei diritti esclusivi conferiti dal d.d.a. comporta quantomeno frizioni con il libero operare del mercato. Tale rilievo, è bene evidenziarlo, non viene mosso per motivati e definiti comportamenti anticompetitivi tenuti dai titolari dei diritti (nel caso europeo o dai licenziatari nel caso italiano) che, in quanto tali, godono legittimamente dell’esclusiva originata dal diritto. Infatti, è piuttosto conseguenza delle peculiari condizioni di mercato e, più precisamente, delle peculiari caratteristiche della domanda che per ragioni tecnologiche e strutturali - ivi compreso il regime normativo definito dal d.d.a. - è rigida rispetto all’offerta di una data impresa (rispettivamente IMS e Tele+/Stream nei due casi).

4.2 Le specificità del diritto d'autore

Nel contesto dei dati sanitari l'operare di *lock-in* per gli utenti dei dati suggerisce alla Commissione che sussistono le condizioni eccezionali (richieste dalla *essential facility doctrine*) per derogare ai diritti esclusivi altrimenti conferiti dal d.d.a. Nel caso della *pay-tv* la specificità dei consumi, vincolati alle strategie di *bundling* dei contenuti *premium*, evidenzia che la contendibilità del mercato segue la strada di rendere accessibile buona parte di tali contenuti ai potenziali concorrenti, in deroga ai diritti esclusivi legalmente acquisiti dalle società televisive *incumbent*.

Tale prospettiva introduce chiaramente un criterio di novità nella teoria antitrust rispetto alla tradizione codificata: manca infatti l'infrazione, reale o potenziale, che sostanzia l'intervento dell'Autorità antitrust e il successivo provvedimento³⁰. Il ragionamento, è bene sottolinearlo, può essere esteso anche al caso della concentrazione: infatti non è l'esistenza di diritti esclusivi di per sé che crea una posizione dominante, quanto la peculiare percezione che la domanda ha di tali taluni beni informazione. A rigore, una partita di calcio è 'merceologicamente' uguale ad un'altra; un ragionamento analogo vale per un film. Dunque l'accesso a qualsiasi contenuto dovrebbe garantire di per sé la contendibilità del mercato e l'esercizio generico dei diritti esclusivi non può essere interpretato come un abuso di posizione dominante. Il problema tuttavia è legato al fatto che in realtà non si tratta di una 'merce' simile a quelle fisiche, quanto di un' 'esperienza' soggetta alla valutazione degli utenti. Di conseguenza, i consumatori hanno una percezione diversa per singoli contenuti e che segue una variegata distribuzione di qualità; perciò una partita non è sostituibile con un'altra, né lo è una determinata pellicola cinematografica. Data allora questa specifica caratteristica della domanda, il titolare o licenziatario di alcuni diritti (nella fattispecie quelli *premium*) si può trovare in una posizione dominante. Per tale ragione l'operazione di concentrazione può essere di conseguenza interpretata alla stregua della monopolizzazione come secondo il diritto U.S.A. o del suo corrispondente europeo, l'abuso di posizione dominante (Hovenkamp, 2000).

Nei casi in esame, tuttavia, la monopolizzazione è anche la naturale conseguenza del sistema di regole e di incentivi creato dal diritto. Perciò l'interpretazione in chiave anticompetitiva è in diretto conflitto con l'assetto normativo. La legge sul diritto d'autore, in tutte le sue varianti nazionali, prevede lo sfruttamento esclusivo come premio per l'autore titolare del diritto senza distinguere a seconda dei diversi caratteri del mercato. E nel caso in cui il monopolio legale si trasforma in monopolio economico, il suo sfruttamento estensivo rappresenta la strategia ottima, razionale nel contesto definito dai diritti.

L'origine dell'ambigua interpretazione dei diritti esclusivi e del loro sfruttamento, rimanda probabilmente a un malinteso della teoria dell'innovazione circa le modalità della gara

innovativa innescata dal d.d.a.: la posizione standard assume che le diverse opere dell'ingegno, stimulate e protette dal diritto di proprietà intellettuale, si confrontino in modo paritario sul mercato, ripristinando dunque istantaneamente in ogni gara quelle condizioni di concorrenza perfetta che il d.d.a. temporaneamente altera. Ma questa è solo una parte della storia, non sempre valida né estensibile ad ogni settore. Contributi recenti evidenziano invece come l'esistenza di sacche di potere monopolistico (che il d.d.a. procura) possano essere sfruttate, in modo concorrenziale nel particolare contesto definito *ex-lege*, per acquisire o rafforzare posizioni monopolistiche (Shapiro, 2000). Sarebbe però un errore ritenere tali comportamenti un abuso di posizione dominante, giacché rappresentano il corretto sfruttamento del sistema di incentivi realizzato dal d.d.a.

Si può in definitiva affermare che esistono ambiti nel quale il margine tracciato dal monopolio legale si traduce in un monopolio economico (e quindi in una posizione dominante), il cui completo sfruttamento è semplicemente coerente con il postulato di razionalità economica. In altri termini, esistono settori nei quali il d.d.a. circoscrive il mercato che è implicitamente monopolistico. Anche se esistono in apparenza beni sostituti che potrebbero permettere la concorrenza, la domanda non li percepisce come tali e dunque il contesto competitivo assomiglia al massimo ad una somma di monopoli locali³¹. In questi casi la strategia ottima da parte dei titolari è quella duplice di aumentare se possibile la non-sostituibilità di tali beni e di disporne in modo esclusivo. Non pare dunque coerente con il sistema di incentivi creato interpretare tali comportamenti alla stregua dell'abuso di posizione dominante. Questo comportamento è legittimo nel contesto definito dal d.d.a. ed è squisitamente competitivo rispetto alla struttura di mercato. Si noti che le stesse Autorità sono le prime a riconoscere tale affermazione. La Commissione ad esempio nel caso IMS/NDC dichiara a chiare lettere: “Deve essere ricordato che il diritto di un proprietario di un diritto di proprietà intellettuale di prevenire terzi dal produrre e vendere o importare, senza il proprio consenso, prodotti incorporanti tale diritto *rappresenta il reale soggetto del suo diritto esclusivo*” (par. 167). Una simile posizione è stata egualmente enunciata in un caso americano laddove si afferma che il Copyright Act “attribuisce espressamente al proprietario del copyright il diritto esclusivo di distribuire l'opera protetta [...] *Il proprietario del copyright a piacere può astenersi dal venderlo o licenziarlo e contentarsi del semplice esercizio di escludere altri dall'uso della sua proprietà*”³².

L'argomentazione nel suo complesso risponde dunque in modo negativo al primo quesito posto nell'introduzione circa la coerenza tra norme a tutela della concorrenza e d.d.a.: esistono infatti aree grigie nei quali non è totalmente chiaro quale delle due norme debba prevalere. Tra poco discuteremo una possibile soluzione.

4.3 L'essential facility doctrine come forma di regolazione: incongruenza normativa ?

La risposta alla seconda domanda circa l'efficacia del doppio sistema di incentivi definito dalle due norme è in qualche modo già contenuta nella precedente argomentazione, giacché laddove regna l'incertezza, i risultati sono disparati e imprevedibili. Proviamo comunque a discuterla da un punto di vista diverso, considerando la seguente prospettiva: legge antitrust e d.d.a. perseguono in modo diverso un medesimo obiettivo finale, la massimizzazione del benessere collettivo. Il d.d.a. deve provocare un preciso esito di mercato, i.e. la produzione di una quantità ottima di opere. Per raggiungere tale risultato istituisce *diritti di proprietà* e li attribuisce a un titolare. Questa operazione "crea" il mercato e ne definisce la configurazione. Le leggi antitrust, invece, non si propongono di raggiungere un preciso equilibrio, quanto piuttosto di vigilare sui mercati ed eventualmente intervenire in modo limitato per lasciarli operare liberamente, rispettando in generale i diritti di proprietà esistenti. Esse perciò si pongono in modo più neutrale rispetto al d.d.a. avendo come obiettivo operativo la preservazione del processo concorrenziale di cui l'efficienza economica è diretta conseguenza. Si può altresì affermare che l'antitrust dice semplicemente cosa "non si può fare" (Picker, 2002) dato un determinato assetto proprietario. Pertanto le Autorità devono evitare, almeno nel sistema europeo, di ricorrere ad un intervento di alterazione sostanziale dei diritti di proprietà, che assumerebbe un carattere di tipo regolatorio, modificando le regole del gioco concorrenziale. Se ciò si verifica, comunque, deve avvenire in modo sporadico e all'interno di precisi limiti istituzionali poiché non è possibile ad esempio modificare norme che originano da un soggetto giuridicamente superiore (il Parlamento, il Governo, ecc.).

Tuttavia, giacché gli effetti anticompetitivi del d.d.a. conseguono lo sfruttamento dell'esclusiva legittimamente conferita dal diritto e nascono dalle peculiari condizioni del mercato, l'efficacia dell'intervento antitrust è compromessa proprio dalla legge sulla proprietà intellettuale. E in ogni caso, pur restando la possibilità di incidere sull'assetto proprietario - poiché i provvedimenti di licenza obbligatoria adottati alterano i diritti di proprietà - coerentemente con quanto poc'anzi scritto, ciò deve avvenire in modo limitato e in virtù di circostanze particolari. Un intervento diverso costituirebbe una violazione sistematica dei diritti di proprietà così come definiti *ex-lege*.

Una delle esplicite deroghe a tale regola è introdotta dalla *essential facility doctrine* che si sostanzia come una forma indiretta di regolazione a cui ricorrere in casi eccezionali³³. In genere la risorsa in questione è un investimento fisico, il cui uso illimitato è appunto messo in discussione dall'antitrust.

La trasposizione al caso del d.d.a. segue dunque l'assunto che l'accesso ad un determinato bene informazione sovente rappresenti l'elemento cruciale per l'esistenza della concorrenza in specifici mercati e potrebbe venire strumentalizzato per attivare pratiche restrittive a danno di potenziali concorrenti. Numerosi casi antitrust riguardanti il d.d.a. hanno implicitamente adottato il concetto di *essential facility* per beni informazione, anche se il principio è stato raramente enunciato. Nel procedimento Microsoft, ad esempio, il sistema operativo Windows viene trattato *de facto* benché non *de jure* come un'*essential facility* per la concorrenza nel mercato dei browser Internet e la Federal Trade Commission (Cotter, 1999). Quando perciò la FTC adotta il rimedio di obbligare Microsoft a distribuire Windows con inclusi il proprio browser Explorer e quello concorrente Netscape Navigator, allenta i diritti esclusivi attribuiti dal d.d.a. alla società di Bill Gates che definiscono una proprietà privata in ordine a permettere la concorrenza sul mercato dei browser coerentemente con quanto sostiene la dottrina.

Anche nel provvedimento Tele+/Stream l'interpretazione dell'AGCM sembra seguire questa falsariga attribuendo implicitamente ai contenuti *premium* la natura di *essential facility*. Nel caso *NDC Health/IMS Health*, invece, la Commissione Europea ha fatto chiaro riferimento a tale teoria per imporre la licenza obbligatoria del database.

Ora, tale dottrina ha suscitato in letteratura un ampio dibattito (cfr. Neumann, 2001) ma non pone di per sé particolari problemi applicativi, anche nel contesto del d.d.a.; semmai, suscita alcune perplessità la frequenza con cui appare in tali procedimenti. Infatti, benché la via dell'*essential facility* si presenti in teoria come una soluzione assolutamente praticabile per stimolare effetti competitivi, si pone un problema di opportunità, legato proprio alla peculiare natura del diritto in esame. Invero, l'emergenza di comportamenti inefficienti nei mercati dei beni informazione dipende in buona misura dalla struttura degli incentivi attivati dal d.d.a. ma ciò è previsto dal legislatore: il ricorso all'*essential facility doctrine* può dunque sostanziare una sorta di schizofrenia normativa che da un lato riduce il grado di concorrenza per sostenere l'innovazione, e dall'altro penalizza l'innovazione, violando il diritto esclusivo appena concesso, in favore della concorrenza. Questo circolo vizioso non promette risultati efficienti soprattutto quando il ricorso a tale dottrina perde il carattere di eccezionalità perché ne snatura il significato. Inoltre, l'applicazione del principio dell'*essential facility* da parte delle Autorità può avvenire solo *ex-post*, poiché mira a limitare le posizioni monopolistiche create dal d.d.a. e rafforzate dalle particolari condizioni discusse in precedenza. In tale prospettiva l'effetto sarà sempre focalizzato e limitato. Non si può invece proporre un'azione *ex-ante*, perché tale azione violerebbe in modo plateale la legge sul d.d.a.; né può essere generalizzato, perché annullerebbe l'incentivo a creare, che è parte essenziale di tale legge. Diversamente dai casi relativi alle

public utilities, la sua applicazione non marginale appare dunque in diretto conflitto con un intero sistema di diritti che sono artificialmente definiti.

5. Conclusioni

Il presente articolo analizza il rapporto tra legge a tutela della concorrenza e diritto d'autore a partire da due provvedimenti antitrust recenti. In particolare, prova ad interpretare l'esistenza di oggettivi elementi di conflitto che sembrano creare interferenze tra i due sistemi normativi. Infatti, da un lato il d.d.a. regola il mercato introducendo come soluzione per raggiungere il proprio obiettivo *welfare-enhancing* incentivi e vincoli che attenuano la concorrenza e che rappresentano un *second best*. Dall'altro, la legge antitrust cerca di indirizzare i mercati alla loro soluzione di *first best*, eliminando tutti i possibili ostacoli alla concorrenza. Questa diversità strutturale crea una dialettica tra le due norme che non pare totalmente sanabile. Vi sono infatti caratteristiche specifiche dei beni informazione e stimoli specifici procurati dal sistema del d.d.a. che determinano in tale ambito l'emergenza di comportamenti non efficienti.

La loro sanzione da parte della Autorità antitrust, qualora si accertasse la natura illegale, d'altronde, avrebbe effetti incerti sulle dinamiche concorrenziali, mentre si ripercuoterebbe sicuramente sul sistema di incentivi attivato dal d.d.a., alterandolo. In alcuni casi, necessariamente limitati, è possibile ricorrere all'*essential facility doctrine* - o a provvedimenti analoghi - per operare interventi mirati, ma tale pratica, giacché costituisce una violazione di diritti di proprietà contrasta con il d.d.a.

In tale prospettiva, un'accettabile politica antitrust nei settori dei beni informazione pare essere quella di un intervento minimo, contingente e non sistematico, che non proponga un diverso e contraddittorio sistema di incentivi. Fa' da corollario a tale affermazione, l'osservazione che se esistono degli effetti che danneggiano l'efficienza, questi provengono per lo più dal sistema implementato dal d.d.a.; pertanto, la regola di ragionevolezza suggerisce, in caso di necessità, di modificare direttamente sul d.d.a., prestando attenzione a non aumentarne gli effetti perversi.

Bibliografia

- Anderman S. (2000), *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, Oxford University Press.
- Anderson R. D. (1998), 'The Interface between Competition Policy and Intellectual Property in the Context of the International Trading System', *Journal of International Economic Law*, 1, 4, 655-678.
- Besen S.M. (1998), 'Intellectual Property', in Newman P. (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Macmillan, London.
- T. F. Cotter, R. N. (1999) "Intellectual property and the essential facility doctrine" in *The Antitrust Bulletin* Spring 1999, 44, pp. 211-250
- Frank R.H. e P.J. Cook (1995), *The winner-take-all society*, Free Press, New York.
- Gilbert R.J. and Gallini T.N. and Trebilcock M.T., (1998), 'Intellectual Property Rights and Competition Policy: a Framework for Analysis of Economic and Legal Issues', in Anderson R. and N.T. Gallini (1998), *Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy*, University of Calgary Press.
- Hovenkamp H. (2000), 'United States Law and the Enforcement of Intellectual Property Rights', paper presentato al convegno *Concorrenza e Autorità Antitrust. Un bilancio a dieci anni dalla legge*, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Roma.
- Neumann M. (2001), *Competition Policy. History, Theory and Practice*, Elgar, Cheltenham-Northampton.
- Picker R. C. (2002), 'Copyright as Entry Policy: The Case of Digital Distribution', *The Antitrust Bulletin*, forthcoming.
- Ramello G.B. (forthcoming), 'Copyright and Antitrust Issues', in Gordon W. E Watt R. (a cura di), *The Economics of Copyright: Developments in Research and Analysis*, Elgar, Cheltenham-Northampton.
- Ramello G.B. (2002), 'Il diritto d'autore tra creatività e mercato', *Economia Pubblica*, 22, 1, 37-66
- Ramello G.B. (2001), 'Tutela della concorrenza o politica economica ? L'esperienza italiana in due casi dell'AGCM', *Economia e politica industriale*, 112, 175-190.
- Scotchmer S. (1998), 'Incentives to Innovate', in Newman P. (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Macmillan, London.
- Shapiro C. (2000), 'Competition Policy in the Information Age', *Foundations of Competition Policy*, Routledge, London
- Silva F. e Ramello G. (2000), 'Sound Recording Market: the Ambiguous Case of Copyright and Piracy', *Industrial and Corporate Change*, 9, 3, 415-442.
- US FTC and DOJ (1995), *Antitrust Guidelines for the Licensing of intellectual property*.

Note

* Il presente articolo in corso di pubblicazione nella rivista *Economia e Politica Industriale*.

¹ Il rapporto conflittuale si estende in generale a tutti i diritti di proprietà intellettuale, compreso il brevetto. Tuttavia ciascun diritto presenta caratteristiche proprie e tutela bene diversi. In ragione delle quali è più corretto limitare la presente trattazione al solo d.d.a.

² *United Sates v. Paramount Pictures Inc.*, 334 U.S. 131 (1948).

³ Una vicenda analoga, ad esempio, riguardante questa volta la licenza televisive dei film, si ripropose qualche anno più tardi nel caso *United Sates v. Loew's Inc.*, 371 U.S. 38 (1962).

⁴ Cfr. i dati proposti dalla International Intellectual Property Alliance (<http://www.iipa.org>).

⁵ Cfr. ad esempio il seguente frammento del corposo incartamento giudiziario: "Microsoft ritiene che le restrizioni di licenza siano legalmente giustificate poiché praticandole Microsoft sta' semplicemente <<esercitando i propri diritti come titolare di validi copyright>> Appellant's Opening Br. at 102 [...] La società afferma un diritto assoluto e libero da impedimenti di utilizzare la propria proprietà intellettuale come desidera : << [Se] i diritti di proprietà intellettuale sono stati legalmente acquisiti,>>, afferma, allora << il loro successivo esercizio non può dare origine a erseguibilità.>> Appellant's Opening Br. at 105" *USA v Microsoft Corp*, U.S. DC Court of Appeals, N. 00-5212 consolidato con 00-5213.

⁶ *USA v Microsoft Corp*, No. 98-1323, N. 00-5212 e No. 00-5213. Il caso familiarmente conosciuto come *Magill* è in realtà registrato come segue: C-241/91 P e C-242/91 P *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission*.

⁷ A proposito di tale dibattito con specifico riferimento all'attività recente dell'AGCM, cfr. Ramello (2001).

⁸ Nel caso Microsoft, ad esempio, stando al dibattimento e agli atti processuali, vi sono alcuni aspetti della violazione che poco hanno fare con la specificità d.d.a, mentre riferiscono ampiamente al campionario di pratiche illecite riscontrate nella pratica antitrust, quali ad esempio la presenza di accordi scritti, intimidazioni di varia natura nei confronti di concorrenti e fornitori, tentativi di restrizioni verticali, ecc. (cfr. *USA v Microsoft Corp*, No. 98-1323, N. 00-5212 e No. 00-5213).

⁹ Decisione del 3 luglio 2002, Caso COMP D3/38.044 – NDC Health/IMS HEALTH.

¹⁰ In particolare ad un'altra piccola società denominata AzyX di proprietà Pharma Groupe SA.

¹¹ NDC ed altre società all'epoca dei fatti in esame quantificavano tali costi in un intervallo compreso tra i 200.000 e i 400.000 marchi tedeschi (par. 118).

¹² Il caso citato riguarda una precedente violazione da parte della PI Pharmaintranet della medesima opera di ingegno del caso in esame.

¹³ Nello specifico NDC afferma che "secondo tale dottrina una società che ha una posizione dominante nell'offerta di risorse che sono essenziali per l'offerta di beni o servizi abusa della propria posizione dominante laddove, senza oggettiva giustificazione, rifiuta l'accesso a tali risorse" (par. 63)

¹⁴ La teoria che governa il d.d.a. è quella dell' "incentivo a creare", nel senso che il monopolio legale (con i relativi profitti) attribuito ad un titolare su un'opera dell'ingegno rappresenta il prezzo che la società paga, in termini di concorrenza e di efficienza, per garantire la continuità delle attività creative. Per una rapida presentazione generale cfr. Besen (1998) sul copyright cfr. Ramello (2002).

¹⁵ Tale posizione, proprio a proposito del copyright, è chiarita esplicitamente nel caso *Magill*, C-241/91 P e C-242/91 P *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission* (parr. 49, 50 e 54).

¹⁶ Nella giurisprudenza europea cfr. ad esempio caso C-//97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG*.

¹⁷ C- 241/91 P e C 242/91 P *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Commission*. Il lettore ricorderà che in tale caso il rifiuto di un'emittente televisiva irlandese di licenziare i propri palinsesti - in Irlanda ritenuti opera di ingegno tutelata dal copyright - danneggiava la concorrenza sul mercato delle guide televisive.

- ¹⁸ Provvedimento n.10716 (C5109), Bollettino n. 19 del 27 maggio 2002.
- ¹⁹ Un precedente caso di concentrazione in cui di fusione tra le due società presentato nell'anno passato (C/4754) è stato poi ritirato dalle due società.
- ²⁰ Ciò almeno ai tempi del procedimento.
- ²¹ Cfr. parr. 13-sgg e in particolare note 7-13.
- ²² Per quanto concerne i prodotti cinematografici la procedura seguita prevede che dopo l'uscita nelle sale una pellicola venga distribuito nel (diverso) mercato dell'*home video* dopo circa 6-9 mesi , in esclusiva in *pay-per-view* e *video-on-demand* dopo 9-12 mesi e, sempre in esclusiva, in *pay-tv* dopo un anno. Dopo 24-36 mesi passa alle televisioni in chiaro (par.24). Nel caso degli eventi sportivi vi è un'analogia protezione rispetto ad altri canali distributivi esistenti o futuri (quali iInternet e UMTS par. 40). In entrambi i settori vige poi sostanzialmente la licenza in esclusiva.
- ²³ Cfr. comunicazione della Commissione europea relativa al caso IV/36.539 – *British Interactive Broadcasting*, C322.
- ²⁴ Per le società in esame la corsa all'acquisto dei diritti premium ha determinato un incremento notevole dei costi che ha generato in entrambi i casi un bilancio negativo: per Stream la spesa è passata rapidamente dai 74 miliardi di lire del 1998 ai 589 miliardi del 2000; Tele+ è passata dai 489 miliardi di lire del 1998 agli oltre 1.000 del 2000 (parr. 31-32).
- ²⁵ Per una discussione di tali concorrenza cfr. (Frank e Cook, 1995).
- ²⁶ Cfr. parr.74-79 e 87-95 per quanto concerne Tele+ e Stream, parr.81-86 per i soggetti terzi, parr. 96-109 circa il parere formulato dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e parr. 138-169 per l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.
- ²⁷ Si tralascia di trattare in questo elaborato del dibattito sulla teoria della *failing firm defense* che pur rappresentando una delle argomentazioni presentate dalle parti per sostenere l'operazione di concentrazione, non è sostanziale in questa sede.
- ²⁸ Cfr. ad esempio Gilbert, Gallini e Trebilcock (1996), Anderson (1998) .e Cotter (1999).
- ²⁹ cfr. ad esempio Ramello, 2002 e in generale Scotchmer, 1998.
- ³⁰ L'aspetto di novità è nei confronti della teoria antitrust tradizionale, ma naturalmente esistono casi diversi che hanno portato all'attenzione questa problematica, quale ad esempio il caso Magill citato.
- ³¹ Ciò è quanto avviene, ad esempio, almeno in una certa misura, per i dischi, i libri, il software, ecc. Per una discussione sul mercato fonografico ad esempio cfr. Silva e Ramello (2000).
- ³² *Indipendent Service Organisation (ISO) Antitrust Litigation*, 203 F.3d 13222 (Fed. Cir. 2000) citato in Howenkamp (2000).
- ³³ Secondo la giurisprudenza statunitense, l'Autorità *antitrust* deve intervenire qualora vi sia: "1) controllo dell' *essential facility* da parte di un monopolista; 2) incapacità effettiva o ragionevole di un concorrente di duplicare l'*essential facility*; 3) rifiuto d'uso della *facility* a un concorrente; e 4) disponibilità di fornire la *facility*" (MCI Communications Corp. v. AT&T Co., 708 F.2d 1081, 7th CI. 1983, 1132-1133).La giurisprudenza europea ritiene egualmente che l'emergenza di una fattispecie di tale genere possa essere assimilata all'abuso di posizione dominante e dunque giustifica egualmente l'intervento regolatorio all'accesso alla risorsa in oggetto in cambio di un equo compenso da parte dell'Autorità antitrust (Neumann, 2001).